

Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos (1)

Gustavo Manuel Díaz González

Sumario: I. Introducción.—II. La invocación de vicios de forma y procedimiento a través de la impugnación indirecta de reglamentos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—III. Crítica de la restricción jurisprudencial que afecta al canon de enjuiciamiento de las disposiciones generales a través del recurso indirecto.—IV. Conclusiones.

I. Introducción

El objeto del presente trabajo es el estudio de una línea jurisprudencial, tristemente consolidada, que se caracteriza por excluir, en el análisis de la validez de las disposiciones de carácter general a través del recurso indirecto, a las normas reguladoras de la forma y procedimiento de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las Administraciones Públicas como parámetro de enjuiciamiento.

Como tendremos ocasión de comprobar, la referida restricción jurisprudencial surge en la práctica de nuestros tribunales a comienzos de la década de 1970, al amparo, por lo tanto, de leyes reguladoras del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa ya derogadas, y con carácter previo, asimismo, a la aprobación de la Constitución de 1978, sin que la aparición de un nuevo marco normativo se haya traducido en una rectificación de la doctrina judicial.

De esta forma, nuestra intención es la de exponer una serie de argumentaciones críticas en relación con la mencionada restricción jurisprudencial. Para ello, abordaremos en primer lugar el análisis de las principales líneas de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, con una referencia al tratamiento inicial de los vicios de forma y procedimiento en su jurisprudencia (II), para, a continuación, contrastar los principales elementos de esta doctrina con las normas que disciplinan la impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general, con su fundamento y con la sanción que anuda el ordenamiento a la vulneración por parte de aquéllas de lo dispuesto en normas de rango superior (III). Cerraremos nuestro trabajo con unas breves conclusiones (IV).

(1) Estudio realizado en el marco del Programa de Ayudas predoctorales para la Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Agradezco a la RVAP el haberme permitido participar en este merecidísimo homenaje al prof. LOPERENA ROTA

II. La invocación de vicios de forma y procedimiento a través de la impugnación indirecta de reglamentos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Como se desprende de lo que sintéticamente se acaba de exponer, el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a los vicios de forma y procedimiento en la elaboración de las disposiciones de carácter general no ha sido homogéneo a lo largo de la andadura de nuestros tribunales. Por el contrario, y aunque en un principio pudiera resultar paradójico, teniendo en cuenta los intensos límites impuestos al control judicial de la actuación de las Administraciones Públicas en la etapa preconstitucional, los defectos de forma y procedimiento fueron en un primer momento objeto de un severo análisis por parte de nuestro Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina de los vicios de orden público, según la cual, en síntesis, la consideración de las normas reguladoras de los aspectos formales de las disposiciones reglamentarias como delimitadoras de potestades regladas de las Administraciones Públicas permitía el desarrollo del control jurisdiccional sobre estos aspectos, admitiéndose la apreciación de oficio por el Tribunal y su valoración y solución preferentes, mientras que, en lo referente a los elementos materiales, en tanto integrantes de una facultad característicamente discrecional de las Administraciones, se entendía que las posibilidades de fiscalización judicial eran no sólo más reducidas, sino prácticamente inexistentes. Esta posición extrema, cuyas consecuencias, tanto en relación con el control de vicios materiales (por sus límites), como formales y de procedimiento (por su extralimitación, que conducía a alcanzar resultados indeseables, lúcidamente puestos de relieve por el prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ(2)), eran muy negativas para los derechos y garantías de los ciudadanos, constituyó el punto de partida de una serie de resoluciones que declararon la incurción en causa de nulidad del Reglamento de 29 de diciembre de 1959, regulador de los Impuestos Directos en la Región Ecuatorial.

Las referidas sentencias(3) fueron dictadas como consecuencia de la impugnación de sendos actos de aplicación de la citada disposición administrativa general. La Administración Tributaria había dictado a cargo de varias sociedades mercantiles actos administrativos de liquidación de deudas fiscales en aplicación del Reglamento, y las empresas afectadas acudieron a los tribunales para solicitar la anulación de las referidas liquidaciones alegando que el Reglamento era nulo por haber sido dictado sin audiencia previa al Consejo de Estado, preceptiva de acuerdo con el Texto Refundido de

(2) Aun cuando reconociera a las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de reglamentos una «dignidad» mayor de la que recibe en la actualidad, la doctrina de los vicios de orden público, al atribuir a aquéllos una valoración y resolución preferentes frente a las ilegalidades de carácter material, determinaba que se alcanzasen conclusiones inaceptables, pues se daban casos en los que el ciudadano impugnaba un acto o disposición reglamentaria por cuestiones materiales, pero el órgano jurisdiccional, al apreciar (incluso de oficio) la concurrencia de vicios formales o de procedimiento, anulaba el acto o disposición impugnado y no entraba a valorar la cuestión de fondo, lo que determinaba que la Administración correspondiente volviera a iniciar un nuevo procedimiento y, esta vez sin incurrir en vicios formales, aprobase un acto o disposición general con el mismo contenido que el anulado por la sentencia anterior, con el lógico perjuicio para el ciudadano. Ello conduce al prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a la formulación de sólidas críticas en *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1970, pp. 30 y ss. y 129 y ss.

(3) Estas resoluciones, todas ellas del Tribunal Supremo, son de 19 de junio y 6 de noviembre de 1962 (ambas en Aranzadi 4.464), de 9 de febrero de 1963 (Aranzadi 300) y de 7 de enero de 1964 (Aranzadi 47; en esta última, el Abogado del Estado se allana a las pretensiones del demandante).

la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), entonces vigente, y con las normas en aquel momento aplicables al supremo órgano consultivo.

El Tribunal Supremo resolvió todas las impugnaciones con una argumentación similar: una vez apreciaba que la falta de audiencia al Consejo de Estado había sido suficientemente acreditada en un caso en que tenía carácter preceptivo, anulaba el acto de liquidación, declarando inaplicable (4) al caso concreto el reglamento enjuiciado, y rechazando entrar a examinar los demás motivos de recurso, basados en razonamientos materiales. Se trata, en definitiva, de pronunciamientos que se corresponden en todos sus aspectos con la doctrina de los vicios de orden público, según la exposición del profesor T.R. FERNÁNDEZ, y que no hacen sino poner en evidencia las virtudes y los defectos de las premisas de las que se partía en lo referente al grado de vinculación del Ejecutivo y de las Administraciones Públicas a las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

La situación, no obstante, no tardaría en sufrir importantes mutaciones. A partir del comienzo de la década de 1970 se produce un cambio en el tratamiento de los vicios de forma y procedimiento de las disposiciones de carácter general en su examen a través del recurso indirecto: estos defectos pasan a ser considerados como infracciones no determinantes de nulidad de pleno derecho salvo en los casos en que ello resulte así de la normativa reguladora de las sanciones aplicables a los actos administrativos contrarios al ordenamiento, con lo que el Tribunal Supremo estima que su invocación, con carácter general, dada la necesaria interpretación restrictiva de las causas de nulidad de los actos, no procede ya cuando se plantea un recurso indirecto, sino tan sólo cuando se impugna directamente la norma reglamentaria.

Sin perjuicio de las consideraciones críticas que se desarrollarán más adelante, conviene señalar que la nueva orientación jurisprudencial incurrió en aquel momento en un defecto patente de argumentación: el carácter *inter partes* atribuido por la jurisprudencia a la estimación de los recursos indirectos frente a reglamentos durante la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956 chocaba frontalmente con la exigencia para su estimación de la concurrencia de causas de nulidad, que, de producirse, habría de determinar la imprescriptibilidad de la acción para la impugnación de la norma, la consiguiente im-

(4) La declaración de inaplicabilidad del reglamento impugnado al caso concreto en lugar de la de nulidad, que es la que correspondería en aplicación del principio de jerarquía normativa, constituye una muestra del problemático estado de la cuestión con anterioridad a la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: la inexistencia de un mecanismo equivalente desde un punto de vista funcional a la cuestión de ilegalidad traía consigo la imposibilidad de proceder a la expulsión del ordenamiento jurídico de toda norma reglamentaria que no hubiera sido objeto de impugnación directa en el plazo de dos meses a partir del momento de su aprobación. El recurso indirecto se concebía, pues, como una vía procesal de control de los actos administrativos basada en el carácter antijurídico del reglamento aplicado para su dictado y carecía de consecuencias en relación con la validez de éste, que devenía inatacable. Se dictaban, así, nuevos actos administrativos en aplicación de normas cuya ilegalidad había sido previamente declarada, y se sobrecargaba a los tribunales con la imposición del deber de conocimiento de causas de objeto similar respecto a las cuales se les concedían facultades de respuesta limitadas, con los lógicos efectos perniciosos desde el punto de vista de los principios de legalidad, igualdad (en el supuesto de resoluciones divergentes respecto a un mismo reglamento) y economía procesal. Al respecto, puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación», *REDA*, 66, 1990, pp. 279 y ss.; SANTOS VIJANDE, J. M., *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 22 y ss.; ALONSO GARCÍA, R., en «Artículo 27», *REDA*, 100, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 1998, p. 271; CARLÓN RUIZ, M., *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 60; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 308 y ss.

posibilidad de convalidación de sus vicios y su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico. Los términos literales de las resoluciones del Tribunal Supremo no dejaban, sin embargo, lugar a dudas. Así, la STS de 23 de octubre de 1974 (Aranzadi 3.948), dictada como consecuencia de la impugnación de liquidaciones tributarias practicadas a cargo de una empresa (denominada Algodonera del Sur, S. A.) por la Aduana de Barcelona en aplicación del Decreto 2.169/1964, de 9 de julio, regulador del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores (en concreto, de su artículo 6, que había sido modificado por el Decreto 2.968/1968, de 28 de noviembre), puesto que entendía la contribuyente y actora que el referido reglamento estaba viciado de nulidad tanto por razones de fondo (vulneración material de normas de rango legal) como de forma (al haberse dictado el Decreto de modificación sin haberse recabado los informes de la Junta Consultiva del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores y del Consejo de Estado, de acuerdo con sus propias normativas), es inequívoca al respecto: *que esta Sala tiene dicho en su sentencia de 23 de junio de 1973 que la alegación de supuestos vicios procesales en la elaboración de disposiciones de carácter general sólo cabe en la impugnación directa, al amparo del párrafo primero del artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción, y siempre que el recurso se promueva dentro del plazo legal a contar desde su publicación; mas en la impugnación indirecta, donde no se pide la declaración de nulidad de la disposición general, sino su inaplicación al acto concreto combatido, tan sólo es lícito invocar razones de nulidad, pero no motivos de anulabilidad, única consecuencia de la omisión de algún trámite, no confundible con el olvido total y absoluto del procedimiento legalmente establecido*(5) (Considerando 4.º). La doctrina, sin embargo, insistió más en otras consideraciones generales al hilo del análisis de esta sentencia, con olvido de su evidente contradicción interna (6).

Una tal argumentación, que podría haber recibido la consideración de desviación aislada frente a la consolidada doctrina de los vicios de orden público, dado su carácter tanto o más problemático, terminó por convertirse en una línea jurisprudencial que habría de orientar el comportamiento de nuestros tribunales en el análisis de impugnaciones indirectas de normas reglamentarias hasta la fecha actual. Sus efectos se dejaron sentir no sólo en la precisión de los motivos de válida invocación en los procedimientos especiales de control de las disposiciones reglamentarias, sino también en otros aspectos de la dinámica de las Administraciones Públicas, tales como la delimitación de las potestades discrecionales frente a las regladas. Si la doctrina de los vicios de orden público había puesto especial atención en las normas de procedimiento por entender que las mismas contenían prescripciones de inequívoco carácter re-

(5) Un pronunciamiento de idéntico signo contiene la STS de 23 de septiembre de 1977 (Aranzadi 3.540), que resuelve un recurso indirecto interpuesto por la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Logroño contra la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de esta localidad en materia de Arbitrio sobre Edificios de Insuficiente Altura, como consecuencia de la impugnación del Padrón de 1973 relativo al mencionado arbitrio (acto administrativo de alcance general). En ella, el TS rechaza la toma en consideración de vicios de forma y procedimiento sin mencionar siquiera cuál ha sido alegado por la recurrente: *si el recurso directo no se utiliza, las posibles irregularidades determinantes de anulabilidad quedan convalidadas, y sólo podrán esgrimirse ya, en el posterior recurso indirecto, como consecuencia de la primacía de la ley, aquellas infracciones sustantivas del ordenamiento jurídico en que la disposición reglamentaria pudiera incurrir, por tratarse entonces de causas de nulidad de pleno derecho* (Considerando 2.º).

(6) Vid. el comentario del prof. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento de elaboración de disposiciones generales (Sentencia de 23 de octubre de 1974)», *REDA*, 9, 1976, pp. 345-348.

glado, la STS de 24 de septiembre de 1977 (Aranzadi 3.541), que resolvía un recurso indirecto interpuesto contra un acto administrativo dictado en aplicación del Decreto 2.413/1973, de 20 de septiembre, electrotécnico de baja tensión, en el que se alegaba la ilegalidad de éste, fundándose tanto en motivos de fondo como de forma (estos últimos, consistentes en la falta de apertura de un trámite de audiencia exigido legalmente), reconoce en su considerando segundo un *margen de discrecionalidad* a favor de la autoridad administrativa correspondiente para la apreciación de la conveniencia de apertura del trámite de audiencia, pese a su exigencia legal.

La falta de toma en consideración de los vicios de forma y procedimiento de los reglamentos cuando son enjuiciados en un recurso indirecto ha afectado a las materias más variadas, como consecuencia tanto de la amplitud de la actuación de las Administraciones Públicas como del frecuente incumplimiento de las normas que la disciplinan. Así, numerosas sentencias, ya en la etapa constitucional, han resuelto recursos indirectos planteados frente a normas reglamentarias reguladoras de diversos tributos: por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 (7), que da respuesta a la pretensión de declaración de nulidad de varios actos de liquidación de tributos a cargo de la empresa Cerrajera Valle Leniz, S. A., por haber sido dictados en aplicación de un reglamento nulo, en tanto aprobado sin que se hubiera recabado el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, vigente en el momento de su elaboración, declara la inadmisibilidad de la alegación de este tipo de vicios, cifrando en varios cientos los pronunciamientos previos en tal sentido, y ello pese a entrar a valorar un argumento interesante planteado por el recurrente, consistente en la invocación del principio de confianza legítima por parte del administrado en que la Administración habría cumplido los trámites prescritos para la aprobación de la norma (entre ellos, el requerir el preceptivo dictamen del Consejo de Estado), con lo que no podía entenderse precluido el plazo para recurrir (el Tribunal Supremo, no obstante, equipara la inactividad del administrado en relación con la impugnación del reglamento a través de un recurso directo por omisión de tal trámite a una abdicación de su derecho de impugnación, pese a que tal interpretación resulta manifiestamente contraria a lo establecido en el artículo 26.2 de la LJCA, que consagra el principio de independencia entre ambos recursos – FJ 5.^o). Otras resoluciones que afectan al campo del Derecho Tributario y que rechazan entrar a valorar la inobservancia alegada de las normas sobre procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general son las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (8) y de 12 de mayo de 1993 (9), en las que se analiza la validez jurídica de un mismo reglamento (el Acuerdo del Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Valencia de 28 de diciembre de 1983), a través del que se imponía a los recurrentes el pago de tarifas portuarias, por estimarse que, durante el procedimiento de elaboración, se habían vulnerado las disposiciones contenidas en la ley que desarrollaba, argumento que es rechazado por el tribunal, con cita de jurisprudencia anterior que declara la *improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de las normas de procedi-*

(7) Recurso de casación núm. 2.623/1995.

(8) Recurso núm. 1.029/1990.

(9) Recurso núm. 6.915/1990.

miento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición (cita similar recogida en los Fundamentos Jurídicos segundos de ambas resoluciones); la STS de 17 de octubre de 2003 (10), en la que la vulneración consistía en la falta de elaboración de un estudio económico-financiero, exigido legalmente; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma de Galicia de 18 de enero de 2002 (11), en la que el vicio alegado consistía en la falta de dictamen previo a la aprobación del reglamento impugnado del Consejo Consultivo de Galicia, exigido por la ley rectora de la Administración Hidráulica gallega, autora de la disposición impugnada; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2001 (12), en la que nuevamente se rechaza la alegación de que la falta de estudio económico-financiero tenga la suficiente entidad para declarar la nulidad de la ordenanza municipal de una tasa por licencia de apertura de establecimientos.

Un ámbito hermanado con el Derecho Tributario, por cuanto nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que impone obligaciones pecuniarias con idéntico fundamento en el artículo 31.3 de nuestra norma fundamental, es el Derecho de la Seguridad Social, en relación con el cual también nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa ha enjuiciado la validez de normas reglamentarias por la inobservancia de alguno de los trámites legalmente exigidos para su aprobación, declarando la falta de consecuencias jurídicas de tales incumplimientos cuando se pretenden hacer valer en un recurso indirecto, con cita de numerosas resoluciones del Tribunal Supremo (todas ellas, por cierto, preconstitucionales) que niegan la posibilidad de que *en la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general, al combatir los actos de aplicación individual de las mismas, [quepa] aducir irregularidades del procedimiento seguido al dictarlas, al no tratarse de vicios que produzcan la nulidad de pleno Derecho* (STS de 3 de noviembre de 1986, RJ 1986/7.735, FJ 1.º, donde se acepta como válido el Considerando de la sentencia impugnada en el que se asumían los argumentos reproducidos).

Otra materia afectada por esta restricción jurisprudencial es el urbanismo (13), un ámbito donde adquiere especial importancia (tal vez la máxima que conoce nuestro ordenamiento jurídico) el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias (planes). Tal relevancia es, sin embargo, irrelevante (valga el redundante juego de palabras) para nuestra jurisprudencia, como ponen de manifiesto pronunciamientos tales como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2001 (14), que resuelve al recurso planteado frente al Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, amparándose en motivos formales tales como la infracción de normas sobre publicidad y documentación a elaborar durante su tramitación, que no son admitidos; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

(10) Recurso de casación núm. 6.186/1998.

(11) Recurso contencioso-administrativo núm. 8.652/1997.

(12) Recurso contencioso-administrativo núm. 929/1998.

(13) Resulta de interés al respecto la consulta de un reciente trabajo de AGOUÉS MENDIZÁBAL, C., «Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamentos en relación con los planes urbanísticos», RAP, 190, 2013, pp. 197-226, donde se defiende, a nuestro juicio con acierto, la procedencia de estimar recursos indirectos frente a planes urbanísticos promovidos por vulneración no sólo de la correspondiente ley urbanística autonómica, sino también del plan jerárquicamente superior (esp., pp. 219 y ss.).

(14) Recurso contencioso-administrativo núm. 1.078/1996.

de 26 de noviembre de 2004(15), que resuelve el recurso interpuesto frente a unas Normas Subsidiarias que habían sido aprobadas sin el preceptivo trámite de información pública, negando que tal vicio tenga carácter invalidante cuando es alegado a través de la impugnación de un acto de aplicación de las referidas normas.

También el Derecho sancionador es otro de los campos en los que se ha puesto de manifiesto el desinterés de nuestra jurisprudencia por la defensa del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias cuando éstas son impugnadas indirectamente. Así, destacan la STS de 17 de noviembre de 1993(16), que, al enfrentarse a un recurso en el que se solicita la declaración de nulidad de un Reglamento regulador de determinados aspectos relativos al juego dictado sin el preceptivo informe del Consejo de Estado, dispone que tal dictamen no era preceptivo, pero que, aun cuando lo fuera, la alegación de su omisión en el procedimiento es inadmisibile en la vía indirecta de impugnación; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de enero de 1997(17), que analiza la validez de un Decreto sobre ruidos dictado sin recabar el preceptivo informe de la Comisión Provincial de Actividades Clasificadas, afirma la falta de interés de tal defecto en relación con la posible declaración de nulidad de la norma impugnada; las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de junio de 2000(18) y de 11 de julio de 2001(19), que resuelven sendos recursos a través de cuya interposición los actores, sancionados con multas pecuniarias por la comisión de infracciones en materia medioambiental (más concretamente, por vulneración de la normativa forestal aplicable), alegaban la invalidez de los actos sancionadores porque el reglamento aplicado había sido elaborado sin dar audiencia, exigida legalmente, a todas las asociaciones e individuos interesados, vulneraciones que el Tribunal, en ambos casos, rechaza entrar a valorar; y la STS de 15 de diciembre de 1987(20), que, por su parte, enjuicia la validez de un Real Decreto regulador de aspectos relativos a la disciplina de mercado que había sido dictado sin recabarse el preceptivo informe del Consejo de Estado, afirmando que ello no obstaculiza la válida perfección jurídica de la norma reglamentaria.

Por último, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha rechazado entrar a valorar la vulneración de normas de procedimiento durante la elaboración de normas reglamentarias que afectan a la seguridad ciudadana (sentencia de 26 de diciembre de 2005(21), en la que se pretendía la declaración de invalidez de una norma reglamentaria por falta de audiencia a los sujetos interesados, conforme a las exigencias legales al respecto). Se refiere con claridad la sentencia citada a las diferencias que la jurisprudencia ha impuesto en relación con la invocación de vicios de forma y procedimiento en función de que el cauce procesal utilizado sea el recurso directo o indirecto: *es doctrina reiterada y consolidada la que sostiene que en la impugnación de*

(15) Recurso contencioso-administrativo núm. 1/2002.

(16) Recurso núm. 1769/1991.

(17) Recurso contencioso-administrativo núm. 1777/1994.

(18) Recurso contencioso-administrativo núm. 1.522/1996.

(19) Recurso contencioso-administrativo núm. 310/1997.

(20) RJ 1987/9496.

(21) Recurso contencioso-administrativo núm. 146/2005.

las disposiciones generales, mediante el recurso contencioso-administrativo directo, los recurrentes pueden fundarlo en cualquier causa de invalidez, sea de fondo o de forma, existiendo una jurisprudencia abrumadora en el sentido de que la omisión de los informes preceptivos de los órganos consultivos de la Administración Pública y de las Corporaciones de Derecho Público y de los Colegios profesionales es un vicio invalidante, porque afecta a las decisiones de fondo, en la medida en que tales informes ilustran y permiten que la Administración Pública tenga los elementos de juicio necesarios para decidir conforme a Derecho y para fundar técnicamente sus pronunciamientos. En cambio, en los recursos contencioso-administrativos indirectos en los que el acto administrativo puede haberse dictado con respeto absoluto de la disposición reglamentaria de que se trate, y cuya impugnación se basa precisamente en la invalidez de la disposición bajo cuyo amparo se ha dictado, sólo es posible alegar los vicios invalidantes que afecten al fondo, y no a la forma (FJ 2.º).

La argumentación utilizada por el Tribunal Supremo en otras ocasiones ha hecho hincapié en la necesidad de que el análisis de la validez de las disposiciones reglamentarias impugnadas indirectamente se base con carácter exclusivo en motivos susceptibles de producir efectos en el acto administrativo recurrido; así, cabe la cita de la SSTS de 11 de octubre de 2005 (22) (FJ 3.º) y de 26 de diciembre de 2007 (23) (FJ 6.º). El carácter procedimental de los vicios en que se basaban las impugnaciones indirectas resueltas por estas sentencias presupone, de acuerdo con el Tribunal Supremo, su nula incidencia en el contenido de la norma reglamentaria aplicada, por lo que no se entra a analizar tales argumentos, que evidencian, en el fondo, la pervivencia de la consideración del recurso indirecto como un recurso al acto, pese a sus potenciales efectos, de acuerdo con la normativa actual, sobre la norma aplicada para el dictado de aquél y en cuya ilegalidad se fundamenta la pretensión del recurrente.

En ocasiones, sin embargo, el carácter extraordinariamente grave de los trámites omitidos o de las irregularidades formales en que se había incurrido durante la elaboración del reglamento ha traído consigo la declaración de nulidad del mismo como consecuencia de la estimación de un recurso indirecto, basada, claro está, en la apreciación de incursión en alguna de las causas de nulidad por defecto de forma previstas *ex artículo 62.1 LPC*. Particular interés presenta, en este sentido, la STS de 17 de junio de 2003 (24), que, al analizar la conformidad con el ordenamiento de una subsanación de deficiencias de una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Jumilla efectuada por la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento de dicha localidad, declara el carácter manifiesto de la incompetencia de ésta para llevar a cabo tal operación y estima el recurso indirecto (FJ 7.º).

La estimación de las pretensiones anulatorias de las disposiciones de carácter general se ha basado, sin embargo, en la aplicación de la triple categoría de invalidez característica de los actos administrativos a los reglamentos (nulidad, anulabilidad e ilegalidad no invalidante). Tan sólo cierta jurisprudencia minoritaria se ha mostrado favorable al enjuiciamiento con mayor rigor del *proceder* de las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con exclusiva aplicación de la sanción de nulidad

(22) Recurso de casación núm. 6.822/2002.

(23) Recurso de casación núm. 344/2004.

(24) Recurso de casación núm. 2.565/1999.

en los casos de efectiva detección de incumplimiento de normas de rango legal por vulneración de trámites que forman parte del procedimiento reglamentario. En este sentido, la STS de 18 de diciembre de 1997 (25) entra de lleno a analizar la observancia por parte del Ayuntamiento de Málaga de las normas que disciplinan la elaboración de ordenanzas fiscales, declarando, al resolver un recurso indirecto, la nulidad radical de la disposición reglamentaria objeto de impugnación a través de un acto de aplicación por incumplimiento del deber de publicación de la norma en el Tablón de Anuncios de la Corporación Municipal durante un plazo de quince días, tal y como exige la Ley de Bases de Régimen Local, por remisión de la Ley 40/1981, aun pese a que se había procedido a la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia. Y ello porque el Tribunal toma en consideración en esta resolución principios constitucionales como los de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y participación de los ciudadanos en la vida política [artículo 105.a) CE], en la medida en que sólo el cumplimiento de las dos formalidades garantiza, en opinión del legislador (que ha impuesto ambos requisitos), la adecuada publicidad de la apertura del trámite de audiencia pública y presentación de propuestas de modificación del texto provisional de la norma, y en tanto que las normas de procedimiento, amén de estar al servicio de la legalidad de las normas definitivamente aprobadas, contribuyen también a su acierto y oportunidad (FJ 3.º).

Esta última sentencia constituye un ejemplo de la línea que, entendemos, habría de seguirse. A la defensa de los presupuestos de que parte (y a la crítica de la doctrina jurisprudencial dominante que se sitúa en su contra) dedicamos las siguientes páginas.

III. Crítica de la restricción jurisprudencial que afecta al canon de enjuiciamiento de las disposiciones generales a través del recurso indirecto

Las limitaciones impuestas por nuestra jurisprudencia al parámetro de validez de las normas reglamentarias cuando éstas son impugnadas indirectamente se amparan, fundamentalmente, en el tenor literal del artículo 27.1 LJCA, de acuerdo con el cual procede el planteamiento de la cuestión de ilegalidad una vez que haya sido estimado por sentencia judicial firme el recurso frente a un acto administrativo basado en la ilegalidad del *contenido* del reglamento aplicado en su dictado.

Una lectura aislada del citado precepto, de redacción ciertamente desafortunada, conduce, al menos aparentemente, a afirmar la corrección de la conclusión alcanzada por nuestro Tribunal Supremo. A partir de un análisis de estas características parece inequívoca la intención del legislador procesal de reconocer a las normas legales de contenido material un mayor grado de vinculación respecto a la potestad reglamentaria, traducido en su potencial invocación sin sujeción a plazo alguno (esto es, a través del recurso indirecto), frente al atribuido a las normas reguladoras del procedimiento, sujetas al breve plazo de dos meses en que resulta admisible el planteamiento del recurso directo.

Entendemos, sin embargo, que el recurso al criterio gramatical de interpretación trae consigo en este caso la defensa de conclusiones manifiestamente contrarias a los principios inspiradores del conjunto de la normativa procesal y, en concreto, de la figura de la cuestión de ilegalidad. La referencia al *contenido* de la disposición impug-

(25) Recurso núm. 2.179/1997.

nada afecta, en todo caso, con carácter exclusivo a la obligación de planteamiento de la cuestión de ilegalidad, de forma que la extensión de esta limitación al canon de enjuiciamiento del recurso indirecto resulta infundada y habría de defenderse, con estricta aplicación del criterio literal, que los vicios de forma y procedimiento del reglamento pueden determinar la anulación del acto administrativo impugnado, pero nunca la declaración de invalidez de la disposición general aplicada, como de hecho ha afirmado un minoritario sector doctrinal(26). Sin embargo, es lo cierto que una conclusión de este signo termina por implicar un total desconocimiento del fundamento de la propia institución de la cuestión de ilegalidad, nacida con la pretensión de evitar la pervivencia de normas reglamentarias contrarias al ordenamiento jurídico en los casos de falta de impugnación directa y la imposición al administrado de la carga de acudir al contencioso cada vez que pretenda la anulación de un acto administrativo dictado en aplicación de las mismas, por lo que, en nuestra opinión, debe ser rechazada.

En la doctrina se han esgrimido, además, argumentos basados en las prescripciones reguladoras del procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad. Así, la limitación del objeto de ésta al precepto o preceptos que hayan servido de base para la estimación de la demanda impuesta *ex* artículo 123.1 LJCA y el carácter meramente facultativo que el artículo 125.3 LJCA atribuye al acuerdo de reclamación del expediente de elaboración de la norma reglamentaria impugnada han servido para defender que la cuestión de ilegalidad no puede nunca fundarse en vicios del procedimiento, susceptibles de afectar a la totalidad del articulado del reglamento y que sólo podrán ser analizados cuando el órgano que haya de resolver la cuestión acuerde la reclamación del expediente(27). Sin embargo, entendemos que tales argumentos no resultan del todo concluyentes, por cuanto, de una parte, no todo vicio procedimental ha de afectar necesariamente a la totalidad de la disposición impugnada, pues no es difícil imaginar casos en los que un mismo reglamento regule una pluralidad de ámbitos materiales susceptibles de tratamiento conjunto respecto a cuya disciplina reglamentaria el ordenamiento imponga requisitos procedimentales diversos (así, por ejemplo, si se trata de una disposición de desarrollo de una ley previa que contenga normas generales sobre una determinada categoría de contrato mercantil y normas específicas para las relaciones jurídicas establecidas con consumidores, cuyo tratamiento reglamentario, de acuerdo con lo establecido *ex* artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, exige previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios), y por cuanto, de otra, el carácter facultativo de la remisión del expediente de elaboración del reglamento se debe a que existirán casos en la práctica en los que su análisis no sea necesario para la resolución de la cuestión de ilegalidad.

(26) En este sentido se han manifestado LEGUINA VILLA, J. Y SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2.ª edición, 2001, pp. 180 y ss.; GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., en *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción de 1998*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 824-825; y SÁNCHEZ-TARAZAGA MARCELINO, J. M., en «El control de los reglamentos ilegales en la Ley 29/1998. El nuevo régimen de su impugnación indirecta», en BAÑO LEÓN, J. M. y CLIMENT BARBERÁ, J. (coord.), *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje del Profesor José María Boquera Oliver*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1.255 y ss.

(27) *Vid.*, en este sentido, SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, II, editorial Bosch, Barcelona, 1999, p. 696.

El fundamento último de la jurisprudencia criticada en este trabajo se halla, sin embargo, en la admisión de la existencia de causas de ilegalidad del reglamento determinantes de una sanción distinta de la nulidad de pleno derecho. Todos los argumentos hasta este momento analizados se explican si se toma como punto de partida la distinción entre nulidad, anulabilidad e ilegalidad no invalidante como consecuencias jurídicas aplicables a la disposición general que incurre en vulneración del ordenamiento, presupuesto rechazable a la luz de cuanto establecen los artículos 9.3 CE (principio de jerarquía normativa), 62.2 LPC y 1.2 CC.

Tal distinción, sin embargo, no carece de apoyos (28), y, en los últimos años, han aparecido trabajos que, sea al hilo del análisis más general del control jurisdiccional de las normas, sea con ocasión del estudio más específico de la invalidez de las disposiciones reglamentarias, se han pronunciado a favor de una revisión práctica (esto es, no normativa) de la aplicación de la sanción de nulidad de pleno derecho a las normas jurídicas contrarias a las jerárquicamente superiores, particular, aunque no exclusivamente (29), cuando la naturaleza de la vulneración es de índole procedimental.

Así, el profesor DOMÉNECH PASCUAL ha defendido la restricción de la aplicación de la sanción de nulidad absoluta a los casos en que el reglamento ilegal lo sea por motivos materiales, con base en argumentos tales como el carácter meramente instrumental de la disciplina del procedimiento reglamentario (30) o la afirmación de que la vulneración de la misma no produce una antinomia entre la norma legal y la reglamentaria, esto es, que, mientras que la violación desde una perspectiva material de la ley comporta un desconocimiento de la misma en todos aquellos casos en que sea aplicado el reglamento, el incumplimiento de las normas en materia de procedimiento no implica *per se* que la aplicación posterior de la disposición general traiga consigo una negación de la disciplina legal (31).

(28) Pionero en este sentido fue el prof. BOQUERA OLIVER, J. M., en «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos», *REDA*, 40-41, 1984, donde defendía, en atención a la identificación del concepto de ilegalidad con el desacuerdo con la ley, que *en todos los órdenes de la realidad los desacuerdos tienen grados*, por lo que la distinción entre nulidad, anulabilidad e irregularidad, característica del acto administrativo, había de ser también aplicada a las normas reglamentarias (p. 8). Ello explica su posterior referencia acrítica al tenor literal del artículo 27.1 LJCA en «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *RAP*, 149, 1999, p. 34.

(29) Llama poderosamente nuestra atención que, en este sentido, LETELIER WARTENBERG, R., en *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 114, mencione, como ejemplo del pretendido fracaso del modelo anulatorio en lo que respecta a la ley inconstitucional, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal anterior a sus sentencias 118/1996 y 61/1997, con las que se producía un brusco cambio en el tratamiento de la ley estatal que invadía competencias de las Comunidades Autónomas. Si hasta aquellas resoluciones venía declarando el Tribunal que en el campo que excediera del ámbito competencial estatal la ley permanecería vigente con carácter meramente supletorio *ex artículo 149.3 CE*, a partir de las mismas se corrigió esta orientación y se procedió a declarar la nulidad de la ley estatal no circunscrita al ámbito material reservado al Estado, de acuerdo con la delimitación efectuada por el artículo 149.1 CE y los Estatutos de Autonomía. Más allá de tratarse, por tanto, de una jurisprudencia hoy en día totalmente superada, la doctrina citada por el autor partía de un modelo que consideraba a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3 CE como una vía de atribución universal de competencias con alcance aplicativo limitado, de forma que no se incurría en ningún caso en inconstitucionalidad por el hecho de que el Estado regulase una materia de titularidad autonómica, sino por el hecho de hacerlo sin delimitar adecuadamente el alcance aplicativo de la norma, defecto que se corregía por tanto no mediante la declaración de nulidad, sino mediante la precisión de su ámbito de aplicación.

(30) DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 249.

(31) DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez...*, *cit.*, p. 105.

Entendemos, no obstante, que los argumentos que aporta el profesor DOMÉNECH en defensa de su tesis no son concluyentes. El análisis de la normativa en materia de procedimiento reglamentario escapa a las pretensiones de este estudio, pero no podemos dejar de referirnos al hecho de que los trámites integrantes de aquél cumplen funciones cuyo carácter instrumental no les resta un ápice de relevancia(32); son instrumentales en la medida en que se hallan puestos al servicio de la legalidad, el acierto y la oportunidad del producto normativo, pero los trámites del procedimiento reglamentario contribuyen no sólo desde una perspectiva global a un aumento de la calidad y la estabilidad del ordenamiento jurídico a través de la aportación de elementos de juicio al órgano administrativo encargado de la elaboración de la disposición, aspecto de por sí nada desdeñable, sino que sirven también como mecanismos de inserción ciudadana en el ejercicio del poder público (en el caso de los trámites de audiencia e información pública) o de evitación de futuros litigios (en lo que se refiere a los pronunciamientos de estricta legalidad del Consejo de Estado). Por ello, la pretendida degradación de la disciplina procedimental no sustenta un tratamiento diferenciado de las ilegalidades de tipo formal frente a las materiales.

En lo que respecta a la afirmación de que el desconocimiento de las normas sobre procedimiento reglamentario no produce una antinomia entre ley y reglamento por cuanto la permanencia en el ordenamiento de la disposición general incurra en causa de ilegalidad formal no impide la futura aplicación de la ley, entendemos que, aun admitiendo la corrección del argumento, por cuanto no deja de ser cierto que las normas de carácter procedimental siguen resultando plenamente aplicables aun cuando hayan sido puntualmente vulneradas, ello no debe servir para afirmar, sin más, la superación de la sanción de nulidad como consecuencia jurídica aplicable a la norma contraria a la disciplina reguladora de su procedimiento de elaboración. En otras palabras, la afirmación es correcta, pero no las consecuencias que se extraen de ella. El autor efectúa así un salto contrario a la lógica jurídica; la norma legal es jerárquicamente superior a la reglamentaria y ésta no puede, por tanto, desconocerla, con independencia del carácter más o menos lesivo de tal vulneración respecto al contenido de la fuente superior, cuyo prestigio, en todo caso, se resiente en los casos en que los poderes públicos a ella sujetos la ignoran sin que el sistema reaccione con los medios que el ordenamiento le proporciona, esto es, sin que se proceda a la declaración de nulidad de la disposición general. Se está introduciendo, de hecho, una nueva causa de derogación formal de las leyes(33) y se están amparando, en definitiva, conductas contrarias al ordenamiento jurídico por medio de argumentaciones que pecan, en nuestra opinión, de artificiosas.

(32) Una sólida defensa de la relevancia de las normas sobre procedimiento administrativo, y, concretamente, reglamentario, y de su relación con el principio de buena administración en el ejercicio de potestades discrecionales, se encuentra en PONCE SOLÉ, J., «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», *RAP*, 162, 2003, pp. 123 y ss. En la misma línea, y conectando con la sanción de nulidad del reglamento ilegal, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *REDA*, 14, 1977, afirma que la relevancia de las normas de procedimiento, que actúan como garantes de la legalidad, acierto y oportunidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, impone la consideración de que la sanción de nulidad de pleno derecho del reglamento ilegal es proporcionada (p. 391). En el mismo sentido, en fin, abordando la cuestión desde la perspectiva urbanística, donde los trámites integrantes del procedimiento de elaboración de los planes adquieren especial relevancia, se pronuncia AGOÚES MENDIZÁBAL, C., en «Reflexiones sobre el alcance...», *cit.*, p. 210.

(33) *Vid.*, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 15.ª edición, 2011, p. 232.

La sanción de nulidad de las disposiciones generales ilegales deriva, en último término, no sólo de la vinculación del reglamento a la ley formal, sino también de su condición de norma jurídica y de su identidad y diferenciación plenas frente al acto administrativo. Una equiparación de las consecuencias jurídicas aplicables en los supuestos de invalidez de ambas figuras implicaría, en definitiva, el desconocimiento de uno de los principales puntos de partida de nuestra disciplina, por medio de la vuelta a la identificación de reglamento y acto administrativo. Y ello es precisamente lo que ha propuesto, en apoyo de su tesis, el prof. LETELIER WARTENBERG (34); sin embargo, la neta distinción introducida por los artículos 62 y 63 LPC en materia de invalidez de una y otra categorías nos impide compartir las conclusiones alcanzadas por el autor.

No es de extrañar, en conclusión, que, con independencia de la aparición de propuestas de revisión de las relaciones entre ley y reglamento y de defensas más o menos vehementes de la doctrina del Tribunal Supremo que es objeto de estudio en el presente trabajo, la mayor parte de la doctrina haya optado por una defensa del principio de nulidad de pleno Derecho del reglamento ilegal (35) y por el rechazo de las res-

(34) *Vid. Nulidad y restablecimiento...*, cit. El autor niega la distinción entre reglamento y acto administrativo a partir de la consideración de que uno y otro se insertan en el ordenamiento jurídico, produciendo la imposición de obligaciones jurídicas (pp. 57-58), lo que le conduce a dar un tratamiento equivalente a ambas formas de actuación administrativa desde la perspectiva de la sanción jurídica anudada a su invalidez (pp. 155 y ss.), como proponía DOMÉNECH exclusivamente respecto a los vicios formales. Este último autor, de hecho, en «La inaplicación administrativa de los reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *RAP*, 155, pp. 63-64, niega la relación existente entre la ilegalidad de las normas jurídicas y la invalidez de las mismas a partir del recurso a un concepto amplio de acto administrativo, al afirmar en apoyo de su tesis que *un acto jurídico debe ser considerado válido no sólo cuando es legal, sino cuando literalmente vale*.

El grado de consolidación en la mejor doctrina administrativista española de la distinción entre acto y reglamento excusaría de la cita de las principales aportaciones en este punto, pero justo es recordar que ya en la etapa preconstitucional se defendió esta tesis con el objeto de alcanzar conclusiones favorables a la plena fiscalización de las normas de origen administrativo por parte de la jurisdicción contenciosa. En este sentido, junto al trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Recurso contencioso directo contra reglamentos y recurso previo de reposición», *RAP*, 29, 1959, en el que se afirma la plena validez del criterio ordinalista de distinción entre reglamentos y actos administrativos de carácter general (p. 164), destacan también el de MARTÍN-RE-TORTILLO L., «Actos administrativos generales y reglamentos», *RAP*, 40, 1963, donde con gran acierto se afirmó que la estricta sujeción de las convocatorias de oposiciones a sus reglamentos reguladores y el carácter absolutamente reglado de aquéllas constituía una evidencia de su falta de efecto innovador del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de la imposibilidad de defensa de su carácter normativo (p. 234), y el de LEGUINA VILLA, J., «Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizatorias», *RAP*, 49, 1966, donde, si bien se admite la necesidad de utilizar un concepto amplio de acto administrativo con el objeto de salvar las restricciones impuestas por la LJCA de 1956 a la legitimación para la impugnación de disposiciones reglamentarias, se critica desde un punto de vista técnico tal conclusión (pp. 207-208).

(35) En este sentido, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., en *Curso...*, I, cit., pp. 232 y ss.; FERNÁNDEZ, T.R., en *La doctrina...*, cit., p. 116; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en «Nulidad de reglamentos...», cit., p. 388; HUERGO LORA, A., en «La jurisdicción contencioso-administrativa: partes, objeto y procedimiento», en CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, IV (*Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas*), editorial Iustel, Madrid, 2009, p. 290; ALONSO MAS, M. J., en «La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial», *RAP*, 157, 2002, pp. 249-250; SANTOS VIJANDE, J. M., en *El recurso indirecto...*, cit., p. 23; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., en *El control jurisdiccional de los reglamentos*, editorial Atelier, Barcelona, 2002, p. 211; BLANQUER, D., en *El control de los reglamentos arbitrarios*, editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 207; y, desde una perspectiva general (relativa, por tanto, a toda norma inválida), a partir del análisis del Derecho Europeo, GARCÍA LUENGO, J., en *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad*, editorial Thomson Reuters, Madrid, 2004, pp. 92, 309 y 310.

tricciones jurisprudenciales al recurso indirecto contra reglamentos (36). De hecho, al hilo de análisis generales, se ha argumentado a favor de la aplicación de la sanción de nulidad absoluta de la disposición general en cuya aprobación se detecta desviación de poder, vicio que, de ser apreciado respecto a un acto administrativo, es causa de mera anulabilidad de acuerdo con lo prescrito *ex artículo* 63.1 LPC (37). El panorama doctrinal no ha estado exento tampoco de indecisión (38) ni de contradicciones internas (39) en lo que a esta jurisprudencia se refiere, pero se ha tratado, nuevamente, de casos aislados frente a una abrumadora mayoría de aportaciones favorables a cuanto aquí se defiende.

IV. Conclusiones

La limitación del canon de análisis del ejercicio de la potestad reglamentaria a las normas legales de contenido material en los casos en que la impugnación de la disposición es efectuada por medio del recurso indirecto no resiste un contraste mínimamente serio con la normativa vigente. El débil apoyo que encuentra esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en el tenor literal del artículo 27.1 LJCA es fuertemente contrarrestado por los preceptos constitucionales y legales involucrados, que han consagrado la estructura jerárquica de nuestro sistema de fuentes y la sumisión plena de las Administraciones Públicas al ordenamiento jurídico y al control jurisdiccional en el ejercicio de las potestades que les son propias. De esta manera, no cabe apreciación de quiebra alguna respecto a la aplicación de la sanción de nulidad de pleno derecho a la norma contraria a la que es jerárquicamente superior, con independencia de que la previsión vulnerada tenga carácter material o procedimental.

Hemos tratado de poner de manifiesto cómo la pretendida flexibilización del contenido normativo introducido por el artículo 62.2 LPC no sólo desvirtúa las relaciones entre ley y reglamento, sino también cómo las limitaciones del canon de enjuiciamiento de las disposiciones generales en vía indirecta promueven una tolerancia ante

(36) *Id.*, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., en *Curso...*, I, *cit.*, p. 234; SANTA-MARÍA PASTOR, J. A., *La ley reguladora...*, *cit.*, p. 303; GONZÁLEZ PÉREZ, J., en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, I, Civitas, Madrid, 2003 pp. 719 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 238; SANTOS VIJANDE, J. M., en *El recurso indirecto...*, *cit.*, pp. 58 y ss.; MESEGUER YEBRA, J., en *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, editorial Bosch. Biblioteca Básica de Práctica Procesal, Barcelona, 2001, pp. 15-16; y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., en *El control...*, *cit.*, pp. 314 y ss.

(37) *Id.*, en este sentido, CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, editorial Civitas, Madrid, 2.ª edición, 1999, p. 105, y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria», *Poder Judicial*, 34, 1994, pp. 343, 346 y 347.

(38) Así, REBOLLO PUIG, M., en «Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad», *Justicia Administrativa*, Número Extraordinario, 1999, afirma que la Ley Jurisdiccional *no aborda frontalmente el problema ni tampoco ofrece elementos que permitan resolverlo definitivamente y con seguridad ni en un sentido ni en otro* (p. 28).

(39) SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Derecho Administrativo. Parte General*, editorial Tecnos, Madrid, 9.ª edición, 2013, defiende por un lado la aplicación de la sanción de nulidad de pleno Derecho al reglamento que incurra en causa de invalidez (p. 220) para, posteriormente, admitir que, aunque se trate de una doctrina polémica, la limitación del canon de enjuiciamiento de las disposiciones reglamentarias a las normas de contenido prescriptivo material *parece confirmarse en el artículo 27.1 LJCA* (p. 884).

el incumplimiento de las prescripciones legales que resulta insólita en un Estado de Derecho, un ejercicio de la potestad reglamentaria dotado de un menor grado de reflexión y un retroceso al tratamiento que la cuestión relativa a la distinción entre acto administrativo y reglamento recibía en la etapa preconstitucional.

Ello no debe ser interpretado como una defensa a ultranza de las formas, que conduzca a soluciones tan problemáticas como las que aportaba la extrema doctrina de los vicios de orden público. Es admisible, en abstracto, la idea de que no todo vicio procedimental tiene la misma relevancia aun cuando se trate del análisis de un *iter* de carácter normativo; en este sentido, el prof. LAVILLA RUBIRA defendía hace tiempo que *podría estimarse, por ejemplo, que es excesivamente lesiva para el interés público la anulación de una norma dictada hace ya años por el simple hecho de que en el procedimiento conducente a su aprobación se omitió dar audiencia a una asociación minoritaria de afectados que ni siquiera alega discrepancia alguna con el contenido de la norma*(40). No somos, por tanto, insensibles a los problemas que plantean las posturas excesivamente rigurosas con el cumplimiento de las formas, pero, ante la constatación de situaciones problemáticas en este sentido, no parece razonable reaccionar negando al procedimiento prácticamente todo su valor, sino más bien formulando propuestas orientadas al perfeccionamiento de la disciplina formal de ejercicio de las potestades normativas(41).

La doctrina y la jurisprudencia criticadas en este trabajo parecen responder, antes que a elaboraciones de carácter dogmático más o menos meditadas, a una supuesta imperiosa necesidad práctica de dar una respuesta normativa inmediata a situaciones que lo requieren. La más sosegada construcción de MUÑOZ MACHADO al respecto(42) debería ser objeto de un sereno debate político para que la normativa en la materia precisara con auténtico rigor qué trámites de cuantos integran el procedimiento reglamentario son de inexcusable cumplimiento, cuáles son prescindibles y en qué concretas circunstancias y, en su caso, cómo ha de modularse la respuesta de la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a la entidad del vicio procedimental y del tiempo transcurrido desde la aprobación de la disposición general hasta la efectiva detección de aquél. Con ello se alcanzaría un adecuado equilibrio entre los dogmas de nuestro sistema jurídico y las necesidades derivadas de la práctica, que no han forzosamente de divergir, pese a lo que con frecuencia se cree, y como demues-

(40) LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos en los Estados Unidos de América*, editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 355.

(41) En este sentido, resultan de interés las propuestas de corrección del procedimiento de elaboración de reglamentos formuladas por NÚÑEZ LOZANO, M. C., en «El Decreto-Ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *RAP*, 162, 2003, pp. 355 y ss., planteadas con el objeto de flexibilizar las posibilidades de reacción del Ejecutivo ante situaciones urgentes por medio de la elaboración de disposiciones de carácter general, y sin recurrir a la potestad que le confiere el artículo 86 CE.

(42) MUÑOZ MACHADO, S., en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, editorial Lustel, Madrid, 2006, pp. 1.158 y ss., propone la corrección de las consecuencias anulatorias de las normas reglamentarias con aplicación de los principios de seguridad jurídica, conservación y proporcionalidad. Con independencia del mayor o menor acuerdo con la propuesta, la misma tiene el valor de no acudir a alambicadas argumentaciones ni a la equiparación de instituciones perfectamente deslindadas normativa y doctrinalmente, sino a principios generales del Derecho que integran, junto a la ley, el canon de validez de la actuación de las Administraciones Públicas ex artículo 103.1 CE.

tra el extraordinario análisis que, al hilo de esta cuestión, desarrolla SANTAMARÍA PASTOR en sus *Fundamentos* (43).

En tanto tal revisión normativa no se produzca, procede, en nuestra opinión, un replanteamiento de la doctrina judicial analizada, dado su potencial efecto de perversión de diversos elementos esenciales de la ciencia del Derecho Administrativo.

Trabajo recibido el 24 de abril de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(43) Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 804-805. El autor alerta acerca de que, más allá de que una respuesta mínimamente rigurosa ante los vicios procedimentales en que con frecuencia se incurre en el ejercicio de la potestad reglamentaria podría traducirse en una declaración de invalidez de multitud de normas vigentes, resulta de dudosa conveniencia en términos prácticos y absolutamente injustificado en clave jurídica el mantenimiento de una actitud tolerante ante este tipo de incumplimientos.

LABURPENA: Lan honetan iruzkin kritikoa egiten zaio Auzitegi Gorenaren jurisprudentziari; erregelamendu-xedapenen jurisdikzio-kontrolaren alorrean, inolako arrazoirik gabe baztertu du prozedura-edukia duten arauak zeharkako errekurtsioan auziperatzeko kanon gisa erabiltzeko aukera. Lan honetan, gainera, doktrina horren jatorria aztertzen da; 1978ko Konstituzioa baino lehenagokoa da, eta, beraz, egun indarrean ez dauden premisetan oinarritzen da. Laburbilduz, azterlanak proposatzen du gainditu egin behar dela jurisprudentziarena hori, eta zorrozki aplikatu behar dela indarrean dagoen araudiak legez kanpoko erregelamenduari ezartzen dion baliogabetasun-zehapena.

HITZ GAKOAK: Erregelamenduen kontrako zeharkako errekurtsioa. Baliogabetasuna. Prozedura-akatsak.

RESUMEN: El presente trabajo constituye un comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en materia de control jurisdiccional de las disposiciones reglamentarias, ha excluido de forma injustificada la utilización de las normas de contenido procedimental como canon de enjuiciamiento en el recurso indirecto. En él se analiza, además, el origen de esta doctrina, anterior a la aprobación de la Constitución de 1978, y basada, por tanto, en presupuestos que hoy no se pueden considerar vigentes. El estudio propone, en síntesis, la superación de esta limitación jurisprudencial y la rigurosa aplicación de la sanción de nulidad que la normativa en vigor impone al reglamento ilegal.

PALABRAS CLAVE: Recurso indirecto contra reglamentos. Nulidad. Vicios de procedimiento.

ABSTRACT: This paper aims to critically comment those Supreme Court's rulings regarding the validity of governmental decrees in which the possibility of taking into account procedural rules in the indirect appealing has been excluded. In this paper, the origins of this judicial doctrine will also be analyzed. In fact, being developed before the approval of the Spanish Constitution in 1978, such doctrine is based upon legal propositions which have been, already, overcome. To sum up, the purpose of this work is to surpass the limitations of the current legal doctrine, while claiming for the strict application of the sanction of nullity imposed to illegal governmental decrees by the legislation currently in force.

KEY WORDS: Indirect appealing against decrees. Nullity. Procedural infringement.

